

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

"L'intérêt de l'enfant", clair obscur des droits fondamentaux de l'enfant

Rasson, Anne-Catherine

Published in:

L'étranger, la veuve et l'orphelin...Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fierens

Publication date:

2020

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Rasson, A-C 2020, "L'intérêt de l'enfant", clair obscur des droits fondamentaux de l'enfant. Dans G Mathieu, N Colette-Basecqz, S Wattier & M Nihoul (eds), *L'étranger, la veuve et l'orphelin...Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fierens*. Collection de la Faculté de droit de l'UNamur, Larcier , Bruxelles, p. 159-198.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

« L'intérêt de l'enfant », clair-obscur des droits fondamentaux de l'enfant

Anne-Catherine RASSON

Maître de conférences à l'UNamur

*Membre de l'unité « Droits de l'enfant » du centre Vulnérabilités & Sociétés
et du Centre interdisciplinaire des droits de l'enfant*

« Les intérêts divergents sont presque aussi nombreux que les étoiles du ciel, mais l'enfant occupe une place centrale, sa brillance est un repère plus important que tous les autres. Parfois, on ne voit plus que lui, comme si la nuit ne comptait que l'étoile polaire, ce qui serait évidemment une illusion. [...] L'intérêt supérieur de l'enfant fait au contraire partie d'une constellation, qui fait partie d'un système, qui fait partie d'un univers ; il contribue à dessiner des formes harmonieuses, jolies comme une petite ourse blottie contre la Grande Ourse. Il entretient des rapports avec les autres étoiles qui ne s'opposent pas à lui. »¹

Introduction

« Le droit protège-t-il le plus fort ou le plus faible ? » La question que tu poses, cher Jacques, est fondamentale pour tout juriste qui se préoccupe des plus vulnérables. Elle est vieille comme le monde et a parcouru les époques et les territoires. Elle fait écho au cri d'Antigone, au refus de Rosa Parks, aux mots de Martin Luther King, à la résistance non-violente de Gandhi, aux soins du Père Damien et de Mère Teresa, à la plaidoirie de

¹ J. FIERENS, « Alpha ursae minoris – L'étoile polaire et l'intérêt supérieur de l'enfant parmi les intérêts concurrents », in *L'intérêt supérieur de l'enfant. Un dialogue entre théorie et pratique*, Strasbourg, Éd. du Conseil de l'Europe, 2017, p. 39.

Robert Badinter, au combat de Nelson Mandela, à l'engagement de René Cassin, à la lutte de Greta Thunberg et à tous ceux qui dans la lumière ou dans l'ombre travaillent, comme toi, Jacques, à rendre le monde plus juste.

Tout au long de ta carrière, Jacques, tu as destiné une grande partie de ton temps, de ton humanité et de ton intelligence à la défense des droits de l'enfant. Ton travail autour du droit, comme instrument de combat (quelle pensée inspirante !), mais aussi autour de la philosophie, de la littérature et de l'art les a mis à l'honneur. Parmi les « multiples visages » de l'enfant², c'est l'enfant migrant qui était particulièrement sujet de ta révolte. En 2019, tu as d'ailleurs été l'avocat qui a permis la suspension de l'arrêté royal du 22 juillet 2018 organisant la détention des enfants migrants et de leurs familles en Belgique, mettant un terme, à tout le moins provisoirement, à cette violation manifeste des droits de l'enfant. Ta requête déposée au Conseil d'État est une illustration de ta capacité à faire plier des montagnes pour aider les plus vulnérables des vulnérables grâce au droit.

En 2014, tu fondas, avec Géraldine, l'unité « Droits de l'enfant » du centre Vulnérabilités & Sociétés de l'Université de Namur et m'y invitas. Nous sommes sept aujourd'hui à travailler et partager notre passion commune autour des droits de l'enfant, dans un climat stimulant et bienveillant. Infiniment merci pour cette collaboration !

*

Dans tes nombreux écrits sur les droits de l'enfant, Jacques, tu abordes régulièrement la notion de *l'intérêt de l'enfant*, même si tu lui préfères « l'élégant *respect* des enfants »³, « notion qu'appelle celle de dignité », alors que l'intérêt « a peut-être quelque chose de plus égocentrique, voire comme un petit accent capitaliste... »⁴.

Peu convaincu par les critiques dont il fait l'objet, tu n'as « jamais été gêné » par le caractère vague de *l'intérêt de l'enfant*. Comme tu le soulignes, « toutes les notions juridiques fondamentales des démocraties sont des notions à contenu variable »⁵, tels la société démocratique, l'équité,

² J. FIERENS, « Le droit belge : l'enfant et ses multiples visages », in *Le droit de l'enfant au respect* (T. MOREAU, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN dir.), Limal, Anthemis, 2013, pp. 27-48.

³ J. FIERENS, « Le grand mensonge des droits de l'enfant. Petite bafouille à Jean-Jacques Rousseau », *Justement. Le journal des professions juridiques*, septembre 2016, p. 1 (c'est moi qui souligne). Cette expression fait aussi référence au magnifique ouvrage de J. KORCZAK, *Le droit de l'enfant au respect*, Paris, Faber, 2009.

⁴ J. FIERENS, « Le droit belge : l'enfant et ses multiples visages », *op. cit.*, pp. 29 et 33.

⁵ J. FIERENS, « Grandir avec les droits de l'enfant : surmonter les obstacles pour un avenir durable », *J.D.J.*, 2014, vol. 337, p. 7.

l'ordre public, l'égalité, la proportionnalité ou encore la justice. Tu expliques ensuite : « plus vous vous rapprochez des fondements mêmes des systèmes juridiques, plus vous rencontrez ces notions à la signification toujours indéfinie »⁶. *L'intérêt de l'enfant* indique ainsi « un sens et une mesure ». Tu le conçois, dans une métaphore éclairante, comme « l'étoile polaire qui guide le juge, le législateur, et toute personne impliquée dans la vie des enfants »⁷.

Tu as aussi mis en évidence, Jacques, dans ton travail, certaines dérives potentielles de *l'intérêt de l'enfant*. Je pense aussi que ces dérives sont sérieuses et qu'il ne faut pas les minimiser. *L'intérêt de l'enfant* dispense parfois de motiver en droit une décision. Au nom de son intérêt, un enfant peut se voir privé de ses droits fondamentaux. Sous le prétexte du respect du meilleur *intérêt de l'enfant*, le plus fort se voit ainsi parfois mieux protégé que le plus faible. D'un autre côté, *l'intérêt de l'enfant* a été la notion clé vers un changement de paradigme à l'égard de l'enfance. Il a sans aucun doute renforcé à de nombreuses reprises les droits de l'enfant et permis de saisir le paradoxe de ces droits dont la spécificité est la recherche permanente du plus juste équilibre entre la protection et la liberté. À l'aune de ce double constat, il faut donc réfléchir aux garanties qui permettront au droit fondamental de la prise en compte de *l'intérêt de l'enfant* de manière primordiale de protéger concrètement et effectivement les enfants en situation de vulnérabilité. Les lignes qui suivent seront dédiées à cette réflexion et seront divisées en deux temps. Dans le premier point, un historique sur l'émergence et la consécration, en tant que droit fondamental, de la notion sera esquissé⁸. La protection des droits et *intérêts de l'enfant* étant étroitement liée à la conception que la

⁶ J. FIERENS, « Alpha ursae minoris – L'étoile polaire et l'intérêt supérieur de l'enfant parmi les intérêts concurrents », *op. cit.*, p. 39.

⁷ J. FIERENS, « Grandir avec les droits de l'enfant : surmonter les obstacles pour un avenir durable », *op. cit.* Voy. aussi la comparaison approfondie de l'auteur entre l'Étoile polaire et *l'intérêt de l'enfant* : J. FIERENS, « Alpha ursae minoris – The North Star and the child's best interests among competing interests », in *The best interests of the child – A dialogue between theory and practice*, Strasbourg, Éd. du Conseil de l'Europe, 2016. Comme j'ai déjà eu l'occasion de l'écrire ailleurs, je partage cette vision de *l'intérêt de l'enfant* (G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant sur le fil. Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*, 2013, pp. 425-436 ; A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant, valeur fondamentale ? », in *Human Rights as a Basis for Reevaluating and Reconstructing the Law*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 335-353).

⁸ Sur la notion de « l'intérêt », l'on pourra se référer à la thèse de doctorat de T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 247-257. Sur l'origine de la notion d'« intérêt », le lecteur peut se référer utilement aux travaux de B. BRAUCKMANN et S. BEHLOUL, *L'intérêt de l'enfant. Genèse et usages d'une notion équivoque en protection de l'enfance*, Paris, L'Harmattan, 2017, pp. 25-39.

société se fait de l'enfant⁹, nous aborderons les trois modèles qui portent chacun une vision différente de l'enfant et qui ont été investis au cours de l'histoire¹⁰. Comme le souligne à juste titre Thierry Moreau, « ces modèles ne se sont pas succédés en se substituant l'un à l'autre, mais se sont plutôt articulés entre eux sous forme de strates, le précédent servant d'appui au nouveau, ce qui a pour effet qu'aujourd'hui ces trois modèles et les visions de l'enfant qu'ils soutiennent cohabitent dans les mêmes dispositifs législatifs et dans les mêmes textes »¹¹. Dans un second point, plusieurs décisions jurisprudentielles récentes permettront de comprendre les apports et les limites de la notion et de proposer quelques garanties dans sa mise en œuvre en droit.

Le sujet est vaste et ne pourra être traité exhaustivement dans cette contribution, nonobstant le fait qu'elle dépasse largement les cinq pages octroyées au départ, ce dont, cher Jacques, tu auras la gentillesse de bien vouloir m'excuser. Mon propos visera essentiellement à poser quelques jalons dans les réflexions actuelles autour de la notion de *l'intérêt de l'enfant* et de proposer, à partir des conditions de son émergence et de quatre instantanés récents, quelques principes en vue d'un plus grand respect de l'enfant, sujet de droits fondamentaux.

⁹ E. VERHELLEN, « Een inleiding tot het verdrag inzake de rechten van het kind », in *Kinderrechten in België* (W. VANDENHOLE dir.), Anvers, Intersentia, 2008, pp. 17-36, qui développe l'influence de cette approche sociale (sociogénèse) sur l'approche individuelle (psychogénèse) au fil du temps.

¹⁰ Dans le cadre de cette contribution, l'émergence des droits de l'enfant et de la notion de *l'intérêt de l'enfant* sera étudiée par le prisme des rapports familiaux et plus spécialement entre les enfants et les pères. Les règles en matière de responsabilité pénale ou civile par exemple ne seront pas intégrées.

¹¹ T. MOREAU, « Intérêt et droits de l'enfant ou les deux éléments constitutifs du droit de l'enfant au respect. L'exemple du placement et de la privation de liberté », in *Le droit de l'enfant au respect* (T. MOREAU, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN dir.), Limal, Anthemis, 2013, p. 148. Voy. dans le même sens : B. BRAUCKMANN et S. BEHLOUL, *L'intérêt de l'enfant. Genèse et usages d'une notion équivoque en protection de l'enfance*, op. cit., p. 41 ; D. YOUNG, « Seuils juridiques d'âge : du droit romain aux droits de l'enfant », *Sociétés et jeunesses en difficulté. Revue pluridisciplinaire de recherche*, 2011, n° 11, p. 3. Ce dernier démontre tout au long de son raisonnement le fait que les trois modèles se retrouvent dans les diverses périodes de l'histoire même si l'un est prépondérant sur les autres.

SECTION 1. – L'émergence et la consécration juridique de l'intérêt de l'enfant

§ 1. Le modèle de la magistrature domestique

Comme tu le rappelles régulièrement, Jacques, la notion de *l'intérêt de l'enfant* n'a pas été inventée au XX^e siècle.

Durant l'Antiquité grecque, Aristote déjà prônait un sentiment de *philia*, une forme d'amitié ou d'affection naturelle au sein de la famille¹². Mais cette affection naturelle n'était pas traduite en droit, les enfants étant soumis à l'autorité « royale »¹³ de leur père tout-puissant : « nul besoin de droit dans la relation entre parents et enfants car la nature pourvoit au bien de l'enfant. L'affection naturelle des parents pour l'enfant est supérieure à toute relation juridique »¹⁴. Ce modèle de « magistrature domestique »¹⁵ perdure tout au long de la période romaine et du Moyen-Âge, même si un droit coutumier plus souple se développe petit à petit¹⁶. Sous l'Ancien Régime, le sentiment de l'enfance est inexistant, les enfants étant directement immergés dans la communauté adulte après les premières années de vie¹⁷. La *patria potestas*, qui ne s'éteignait qu'à la mort

¹² ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. par J. Tricot (1959), s.l., Les Échos du Maquis, 2014, 8, 1158b, p. 180, et 14, 1161b à 1162a, p. 188. Notons cependant qu'Aristote distingue l'amitié égalitaire de celle « qui comporte une supériorité d'une partie sur l'autre, par exemple l'affection d'un père à l'égard de son fils, et, d'une manière générale, d'une personne plus âgée à l'égard d'une autre plus jeune [...] » (*ibid.*, 8, 1158b, p. 180). Sur la question de l'amitié et de l'amour dans le droit (ou « de l'absence de l'amour dans le droit » alors que « les deux racines les plus profondes du droit contemporain de nos régions, la racine hébraïque et la racine grecque, ont chacune voulu faire qui de l'amour, qui de l'amitié, les fondements ou les buts mêmes du système juridique »), voy. J. FIERENS, « Les arrêts de la Cour d'arbitrage comme jugement de Zeus, ou pourquoi le droit est sans amour », in *L'humanisme dans les conflits, utopie ou réalité ? Liber amicorum Paul Martens*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 911-926.

¹³ Voy. ARISTOTE, *Politique*, trad. par Jean Aubonnet, Paris, Les Belles Lettres, 1960.

¹⁴ D. YOUNG, *Penser les droits de l'enfant*, Paris, PUF, 2002, pp. 12-14.

¹⁵ L'expression ressort de J.-L. RENCHON, « Les évolutions de notre regard sur l'enfant. Les cent ans de la loi sur la protection de l'enfant (1^{ère} partie) », *J.T.*, 2012, p. 379 ; P. MURAT, « La puissance paternelle et la Révolution française : essai de régénération de l'autorité des pères », in *La famille, la loi, l'État. De la Révolution au Code civil* (I. THÉRY et C. BIET dir.), Paris, Éd. du Centre Georges Pompidou, 1989, p. 391 ; A. DESRAYAUD, « Le père dans le Code civil, un magistrat domestique », *Napoleonica. La Revue*, 2012, vol. 14, n° 2, pp. 3-24.

¹⁶ T. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique, au regard de celui du discernement*, Bruxelles, Kluwer, 2018, pp. 33 et 34. L'auteur cite notamment les coutumes qui avaient cours sur le territoire de la Belgique d'aujourd'hui.

¹⁷ Voy. notamment Ph. ARIÈS, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien régime*, Paris, Seuil, 2014. L'auteur a appelé « mignotage » le premier sentiment que l'on porte à l'enfant. Il

du père, restait encore la règle de droit écrit et donc les enfants, même adultes, étaient soumis à l'autorité absolue du père. Cet absolutisme se justifiait par le fait que la fonction du père relevait « d'une magistrature qui reçoit son pouvoir de Dieu par l'intermédiaire du roi »¹⁸. Dans les pays de droit coutumier, la *patria potestas* ne s'appliquait par contre plus ; une puissance paternelle plus favorable à l'enfant s'y était substituée.

L'ordre juridique du modèle de la magistrature domestique est ainsi fondamentalement holiste et « vise à maintenir la cohésion de la société romaine grâce à l'ordre des familles »¹⁹. *L'intérêt de l'enfant* y est absent.

§ 2. Le modèle protectionnel

A) Les Lumières et la Révolution française

« Avec l'avènement des Lumières, les révolutions démocratiques et la proclamation de l'égalité de droit de tous les êtres humains, on conféra à l'enfant un statut d'être humain à part entière »²⁰. L'individualisation de l'enfant au sein de sa famille a été particulièrement pensée par John Locke et Jean-Jacques Rousseau²¹. Le premier part du postulat que l'enfant est titulaire de droits dès sa naissance même si sa vulnérabilité ne lui permet pas d'en faire usage tout de suite²². Il renverse ainsi les relations familiales : l'autorité parentale se fonde non sur une supériorité « naturelle » mais sur la fragilité de l'enfant²³. Le second est le premier philosophe qui a un regard positif sur l'enfance, qu'il érige au rang de « condition de l'humanité ». Comme tu le soulignes dans la petite bafouille que tu lui adresses en 2016, Jacques, Jean-Jacques Rousseau comprenait déjà les

se déroule durant les premières années de vie (souvent jusqu'au septième anniversaire de l'enfant). Une fois cette période passée, il part travailler et vivre avec les adultes. Voy. également sur cette période, J.-L. RENCHON, « Les évolutions de notre regard sur l'enfant. Les cent ans de la loi sur la protection de l'enfant (1^{ère} partie) », *op. cit.*, p. 378.

¹⁸ J. POUMARÈDE, « Les tribulations de l'autorité paternelle de l'ancien droit au Code de Napoléon », in *Protéger l'enfant. Raison juridique et pratiques socio-judiciaires (XIX^e-XX^e)* (M. CHAUVIÈRE, P. LENOËL et E. PIERRE dir.), Rennes, Presses universitaires de Rennes, 1996, pp. 23-35, p. 25.

¹⁹ D. YOUNG, « Seuils juridiques d'âge », *op. cit.*, p. 7.

²⁰ J.-L. RENCHON, « Les droits de l'enfant dans le conflit parental », in *Enfant, sujet de droits : rêve ou réalité ?*, Liège, Éd. du jeune barreau de Liège, 1995, p. 154.

²¹ D'autres philosophes ont aussi contribué à cette évolution relative à l'enfance comme Samuel von Pufendorf, Voltaire ou encore Emmanuel Kant.

²² B. BRAUCKMANN et S. BEHLOUL, *L'intérêt de l'enfant. Genèse et usages d'une notion équivoque en protection de l'enfance*, *op. cit.*, p. 55.

²³ D. YOUNG, *Penser les droits de l'enfant*, *op. cit.*, p. 18.

droits de l'enfant²⁴ lorsqu'il écrit : « quand chacun pourrait s'aliéner lui-même, il ne peut aliéner ses enfants ; ils naissent hommes et libres ; leur liberté leur appartient, nul n'a droit d'en disposer qu'eux »²⁵. Même si la notion de *l'intérêt de l'enfant* ne ressort pas de ses œuvres, elle apparaît en filigrane de sa pensée.

Débute alors la Révolution française, « révolte des fils contre les pères »²⁶. Luttant contre les excès de l'absolutisme des Anciens, les révolutionnaires réforment tout d'abord l'ordre politique et ensuite l'ordre familial. À l'aune des valeurs qui transcendent la période, une vision plus égalitaire de la famille voit le jour²⁷. « C'est la faiblesse de l'enfant qui justifie l'autorité du père et non la force et la suprématie de celui-ci » affirment les révolutionnaires²⁸. Inspirés par les thèses développées par les philosophes du siècle des Lumières, les révolutionnaires ont ainsi permis la singularisation de l'enfant au sein de sa famille et ont instauré les prémisses d'un modèle protectionnel à leur égard : abolition des lettres de cachet²⁹ et de la *patria potestas*³⁰, majorité fixée à 21 ans³¹, en sont les mesures exemplatives³². La protection et l'éducation sont au cœur de l'autorité parentale³³, qui s'apparente à une « autorité d'affection » reposant sur « une co-relation de devoirs »³⁴. Toutefois, derrière l'attention portée aux enfants, issue notamment de l'expérience personnelle de

²⁴ Au contraire de sa vie personnelle : Jean-Jacques Rousseau abandonna ses cinq enfants à l'assistance publique. Jacques lui a d'ailleurs écrit une « petite bafouille » dans laquelle il parle du grand mensonge des droits de l'enfant : J. FIERENS, « Le grand mensonge des droits de l'enfant. Petite bafouille à Jean-Jacques Rousseau », *op. cit.*

²⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social, ou Principes du droit politique*, Amsterdam, M.-M. Rey, 1762, p. 18.

²⁶ Sur cette période, le lecteur pourra se référer à l'excellente contribution de P. MURAT, « La puissance paternelle et la Révolution française : essai de régénération de l'autorité des pères », *op. cit.*, pp. 390-411.

²⁷ *Ibid.* Voy. aussi Archives parlementaires, t. 17, p. 617 cité in É. MASSON, *La puissance paternelle et la famille sous la Révolution*, thèse, Paris, Faculté de droit de l'Université de Paris, 1911, pp. 92 et 93, www.archive.org.

²⁸ M.-S. DUPONT-BOUCHAT, « L'intérêt de l'enfant. Approche historique », in *Droit et intérêt* (Ph. GÉRARD, Fr. OST et M. KERCHOVE dir.), vol. III, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 26.

²⁹ Décret du 16 mars 1790.

³⁰ Décret du 28 août 1792.

³¹ Loi des 20-25 septembre 1792.

³² La réforme en matière d'exhérédation et de liberté de tester fut aussi une avancée fondamentale (voy. B. BRAUCKMANN et S. BEHLOUL, *L'intérêt de l'enfant. Genèse et usages d'une notion équivoque en protection de l'enfance*, *op. cit.*, p. 58).

³³ D. YOUNG, « Seuils juridiques d'âge », *op. cit.*, pp. 8 et 9.

³⁴ P. MURAT, « La puissance paternelle et la Révolution française : essai de régénération de l'autorité des pères », *op. cit.*, p. 404.

certaines révolutionnaires, dont la plus connue est celle de Mirabeau³⁵, et l'importance des valeurs de liberté, d'égalité, d'affection, de vertu et de bonheur, inhérentes à la philosophie révolutionnaire, l'enfant est avant tout pensé en sa qualité de futur citoyen³⁶.

À notre estime, l'*intérêt de l'enfant* est mentionné dans certains textes juridiques, pour la première fois dans notre histoire occidentale, durant cette époque. Il apparaît notamment dans les travaux parlementaires à propos du divorce entre parents, de l'établissement de l'acte de naissance (discussions autour du statut des enfants naturels ou des accouchements secrets), ou encore du secours des vieillards et des enfants³⁷.

B) Le Code civil de 1804

La Révolution française ayant provoqué un traumatisme³⁸, la timide découverte de l'enfant et de ses droits comme futur citoyen cède le pas au retour de la puissance paternelle³⁹. Sous l'ère du Consulat, l'on retrouve un modèle autoritaire tant en politique que dans la famille. L'esprit du Code civil de 1804 est cependant loin du droit romain et de l'Ancien droit. Le modèle de protection de l'enfant, instauré durant la Révolution française, subsiste en partie et se traduit, par exemple, par la fixation de la majorité à 21 ans. « Malgré la connotation latine de l'expression "puissance paternelle", les rédacteurs ont voulu expressément se démarquer de l'institution romaine en prétendant privilégier la conception coutumière héritée du droit germanique, spécialement en refusant au père des droits absolus sur son enfant »⁴⁰. L'*intérêt de l'enfant* est régulièrement cité dans les débats parlementaires⁴¹. La puissance paternelle est ainsi pensée

³⁵ Honoré Gabriel Riqueti, comte de Mirabeau, a été enfermé par son père de longues années dans le donjon du château de Vincennes.

³⁶ D. YOUNG, *Penser les droits de l'enfant*, op. cit., p. 31.

³⁷ Voy. *Archives parlementaires*, t. 45, pp. 476 et 613 ; *Archives parlementaires*, t. 49, pp. 333 et 436 ; *Archives parlementaires*, t. 50, p. 191 ; *Archives parlementaires*, t. 67, p. 484. Les archives parlementaires de la Révolution française sont disponibles sur le portail Persée (en partie) et sur le site internet de l'Université de Stanford. Voy. aussi sur le sujet E. MASSON, *La puissance paternelle et la famille sous la Révolution*, op. cit.

³⁸ D. YOUNG, « Seuils juridiques d'âge », op. cit., p. 10.

³⁹ M.-S. DUPONT-BOUCHAT, « L'intérêt de l'enfant. Approche historique », op. cit., p. 23.

⁴⁰ J. FIERENS, « Le droit belge : l'enfant et ses multiples visages », op. cit., p. 37. Voy. aussi A. DESRAYAUD, « Le père dans le Code civil, un magistrat domestique », op. cit., pp. 23 et 24.

⁴¹ *Procès-verbaux du Conseil d'État contenant la discussion du projet de Code civil*, Paris, Imprimerie de la République, 1803, p. 49 ; J. G. LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle. Commentaire et complément des codes français*, t. III, Bruxelles, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, 1836, pp. 336-338 et 341.

comme un droit-fonction, au bénéfice de *l'intérêt de l'enfant*⁴², même si cela ne ressort pas formellement du Code civil⁴³. Concrètement, en réalité, l'État ne contrôle pas les pères et se repose entièrement sur leur magistrature⁴⁴ : le maintien de la puissance paternelle au détriment de celle de l'autorité parentale ou l'absence de limitation ou de déchéance de la puissance paternelle en sont des illustrations.

Cette tension entre l'esprit du texte, qui tend vers un modèle de protection, et sa lettre, qui réinstaure un modèle de magistrature domestique avec des pères tout-puissants, invite l'historienne Marie-Sylvie Dupont-Bouchat à affirmer qu'en droit civil comme en droit pénal⁴⁵, c'est l'intérêt de la famille, incarné par le père, et derrière, l'intérêt général qui sont recherchés de telle sorte que l'enfant est *sans* intérêt ou que son intérêt, s'il est mis en avant, est en réalité un intérêt « instrumental » qui ne sert « qu'à légitimer l'intérêt du père et de la famille, petite patrie, modèle réduit de la grande, où se fabrique une certaine forme d'ordre public... »⁴⁶.

C) Les premières interventions étatiques

La thèse selon laquelle les pères ne pouvaient être que des « bons pères » était évidemment utopique. Progressivement, un contrôle étatique du pouvoir des pères s'est imposé⁴⁷. Par ailleurs, les idées de droits humains, de liberté et d'égalité n'ont pas complètement disparu après la Révolution française et sont petit à petit devenues un « phénomène social, un fait générateur »⁴⁸. Les premières interventions de l'État au cours du XIX^e et de la première moitié de XX^e siècle, dans les domaines de la protection et

⁴² J. G. LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle. Commentaire et complément des codes français*, op. cit., p. 341.

⁴³ T. MOREAU, « Préambule : L'évolution du concept d'intérêt du mineur sur le plan juridique », in *L'intérêt supérieur de l'enfant dans la mosaïque familiale : Ce que cela signifie pour les enfants* (J. MARQUET et L. MERLA dir.), Louvain-la-Neuve, UCLouvain, 2015, p. 7.

⁴⁴ Voy. l'intervention de Jacques de Maleville dans J. G. LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle. Commentaire et complément des codes français*, op. cit., p. 315. La célèbre expression de Joseph-Marie Portalis, selon lequel « les familles sont la pépinière de l'État », en est une autre illustration.

⁴⁵ Sur les règles relatives au droit pénal de 1791 à 1810, voy. P. LASCOUMES, « L'émergence de la famille comme intérêt protégé par le droit pénal, 1791-1810 », in *La famille, la loi, l'État. De la Révolution au Code civil* (I. THÉRY et C. BIET dir.), op. cit., pp. 340-348.

⁴⁶ M.-S. DUPONT-BOUCHAT, « L'intérêt de l'enfant. Approche historique », op. cit., pp. 29-32.

⁴⁷ T. MOREAU, « Préambule : L'évolution du concept d'intérêt du mineur sur le plan juridique », op. cit., p. 7.

⁴⁸ D. YOUNG, « Seuils juridiques d'âge », op. cit., p. 10. L'auteur fait référence à la pensée d'Alexis de Tocqueville.

de l'éducation de l'enfant⁴⁹, marqueront un tournant vers le modèle protectionnel. Il ne s'agit pas encore du modèle des droits humains tel que nous le connaissons aujourd'hui, mais d'un modèle « d'ordre public » qui se manifeste par un État paternaliste qui se substitue aux parents défaillants. *L'intérêt de l'enfant* « a été le principal instrument par lequel l'État a pénétré dans la famille pour pallier à la dépravation des mœurs et l'affaiblissement de l'esprit de famille et du sentiment de dignité paternelle »⁵⁰, parfois au mépris des droits⁵¹. Il se confond toujours avec l'intérêt de l'État⁵², en conséquence de quoi l'enfant reste encore un objet de droits « instrumentalisé non plus tellement pour le plus grand profit du père ou de la famille, mais pour celui de la nation toute entière »⁵³. En Belgique, cette protection apparaîtra d'une part sous la plume des juges qui vont limiter la puissance paternelle au nom de *l'intérêt de l'enfant*⁵⁴, d'autre part, sous l'impulsion du législateur qui adopte de nouvelles lois dans différents domaines⁵⁵ fondées sur l'intérêt de l'enfant⁵⁶. Ces différentes lois s'inscrivent dans un modèle qui veut protéger et éduquer l'enfant à l'aune de sa fragilité et de son incomplétude et sont encore prégnantes

⁴⁹ J.-L. Renchon distingue des interventions de trois ordres : l'État médecin, l'État instructeur et l'État moralisateur (J.-L. RENCHON, « Les évolutions de notre regard sur l'enfant. Les cent ans de la loi sur la protection de l'enfant (1^{re} partie) », *op. cit.*, p. 380).

⁵⁰ T. MOREAU, « Préambule : L'évolution du concept d'intérêt du mineur sur le plan juridique », *op. cit.*, p. 9.

⁵¹ D. YOUNG, *Penser les droits de l'enfant*, *op. cit.*, p. 345.

⁵² T. MOREAU, « Intérêt et droits de l'enfant ou les deux éléments constitutifs du droit de l'enfant au respect. L'exemple du placement et de la privation de liberté », *op. cit.* ; B. BRAUCKMANN et S. BEHLOUL, *L'intérêt de l'enfant. Genèse et usages d'une notion équivoque en protection de l'enfance*, *op. cit.*, p. 61. Michelle Perrot évoque un « intérêt de l'enfant » social plus qu'individuel (M. PERROT, « L'enfance révolutionnée par la Révolution ? Parents et enfants au XIX^e siècle », in *L'enfant, la famille et la Révolution française* (P. LENOËL et M.-F. LÉVY dir.), Paris, Olivier Orban, 1993, p. 411).

⁵³ M.-S. DUPONT-BOUCHAT, « L'intérêt de l'enfant. Approche historique », *op. cit.*, p. 49.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 33 ; T. MOREAU, « Préambule : L'évolution du concept d'intérêt du mineur sur le plan juridique », *op. cit.*, pp. 8-9 qui cite des exemples jurisprudentiels dont Bruxelles, 27 février 1885, *Pas.*, 1885, II, 110 ; T. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique, au regard de celui du discernement*, *op. cit.*, p. 54. Voy. aussi *Pandectes*, 1905, pp. 113 et 114, v^o « Puissance paternelle ».

⁵⁵ Citons notamment, la loi sur la réglementation du travail (1889), la loi sur le vagabondage (1891), la loi sur la protection de l'enfance (1912) ou encore la loi sur l'instruction obligatoire (1914). Voy. pour les évolutions législatives similaires ailleurs en Europe : exposé des motifs, projet de loi pour la protection de l'enfance, 10 août 1889, *Ch.*, 1888-1889, K0302/001, p. 1.

⁵⁶ M.-S. DUPONT-BOUCHAT, « L'intérêt de l'enfant. Approche historique », *op. cit.*, p. 47.

aujourd'hui. L'on constate toutefois que c'est surtout *l'intérêt de l'enfant* des « mauvaises familles, c'est-à-dire, explicitement, les familles ouvrières et populaires » qui est visé⁵⁷.

Le concept de *l'intérêt de l'enfant* du début du XX^e siècle protège-t-il le plus faible ? En partie sans aucun doute, mais un enfant « terre glaise », un enfant « cristal ». On est encore loin de l'enfant « comète », sujet de droits⁵⁸. Celui-ci « voyage certes dans l'univers depuis des millions d'années, mais il a fallu du temps pour qu'il se rapproche de la terre des hommes et pour que ceux-ci l'aperçoivent, petit point de lumière grandissant qui finit par s'imposer dans notre ciel éthique et juridique »⁵⁹. L'enfant « comète » est l'enfant du modèle des droits de l'enfant.

§ 3. Le modèle des droits de l'enfant

A) Les premières déclarations des droits de l'enfant

À la fin du XIX^e siècle et tout au long du XX^e siècle, « Siècle de l'enfant »⁶⁰, émerge petit à petit une vision nouvelle de la figure de l'enfant. Plusieurs œuvres littéraires⁶¹, comme le *Livre de la jungle* de Rudyard Kipling, ainsi que le développement de la psychologie, de la pédagogie et de la pédiatrie montrent une attention nouvelle à l'enfant⁶².

Sur le plan du droit, des échanges transnationaux débutent et aboutissent à la création, en 1913, de l'Association internationale pour la protection de l'enfance dont le bureau permanent est situé à Bruxelles⁶³. La Première Guerre mondiale empêche sa mise en œuvre et, en 1919, un Comité de protection de l'enfance est instauré au sein de la Société des Nations. Le 26 septembre 1924, la première Déclaration des droits de l'enfant, appelée Déclaration de Genève, est adoptée par la Société

⁵⁷ M.-S. DUPONT-BOUCHAT, « L'intérêt de l'enfant. Approche historique », *op. cit.*, p. 49.

⁵⁸ J. FIERENS, « Le droit belge : l'enfant et ses multiples visages », *op. cit.*, pp. 31 et 32.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ L'expression provient du titre de l'ouvrage d'Ellen Key, *Barnets århundrade* (Le siècle de l'enfant), publié en 1900.

⁶¹ J. FIERENS, « Le droit belge : l'enfant et ses multiples visages », *op. cit.*, p. 27. Pour d'autres domaines, voy. : J. ZERMATTEN, *L'intérêt supérieur de l'enfant*, Sion, Institut international des droits de l'enfant, 2005, p. 5.

⁶² B. BRAUCKMANN et S. BEHLOUL, *L'intérêt de l'enfant. Genèse et usages d'une notion équivoque en protection de l'enfance*, *op. cit.*, pp. 68 et s. ; J.-L. RENCHON, « Les évolutions de notre regard sur l'enfant. Les cent ans de la loi sur la protection de l'enfant (1^{re} partie) », *op. cit.*, p. 380.

⁶³ J. DROUX, « L'internationalisation de la protection de l'enfance : acteurs, concurrences et projets transnationaux (1900-1925) », *Critique internationale*, 2011, vol. 52, n° 3, p. 22.

des Nations⁶⁴. Si elle « a le mérite de souligner qu'en tant que tel, [l'enfant] devrait jouir de protections particulières », elle ne consacre pas réellement de véritables droits et n'aborde pas les sujets controversés⁶⁵. Janusz Korszak⁶⁶, l'un des pères des droits fondamentaux de l'enfant, le regrettait⁶⁷. Après la Seconde Guerre mondiale et ses infinies horreurs, l'Organisation des Nations unies voit le jour. La Déclaration universelle des droits de l'homme est proclamée le 10 décembre 1948. Elle a une vocation universelle et n'oublie pas les enfants, l'article 25, paragraphe 2, disposant que « la maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciales. Tous les enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage, jouissent de la même protection sociale ». Onze ans plus tard, le 20 novembre 1959, la deuxième Déclaration des droits de l'enfant est adoptée et proclamée afin de garantir « une enfance heureuse » et le bénéfice, pour l'enfant, « *dans son intérêt comme dans l'intérêt de la société*, des droits et libertés qui y sont énoncés »⁶⁸. *L'intérêt de l'enfant* est donc perçu distinctement de l'intérêt de la société mais l'un et l'autre sont encore liés. Cette déclaration reste centrée sur les figures de « l'enfant terre glaise » ou de « l'enfant victime », soit toujours un enfant-objet qu'il convient de protéger. L'expression *intérêt supérieur de l'enfant* apparaît pour la première fois dans deux principes de la déclaration⁶⁹. En 1966,

⁶⁴ La Déclaration des droits de l'enfant de 1924 est la toute première déclaration relative aux droits des personnes des Nations unies. Elle a été rédigée par Eglantyne Jebb. Elle n'a pas une visée contraignante et « constitue surtout un engagement moral » (C. LAVALLÉE, *La protection internationale des droits de l'enfant. Entre idéalisme et pragmatisme*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2015, p. 31).

⁶⁵ J. FIERENS, « Le droit belge : l'enfant et ses multiples visages », *op. cit.*, p. 31.

⁶⁶ Janusz Korczak (1878-1942), de son vrai nom Henryk Goldszmit, était un pédiatre polonais qui dédia sa vie aux enfants et à leurs droits. Il dirigea ses orphelinats en appliquant jour après jour les principes qu'il défendait dans ses nombreux livres : respect de l'enfant, amour, égalité, participation (il instaura des parlements et des tribunaux d'enfants). Pour Janusz Korczak, l'enfant doit être appréhendé dans son humanité : « L'enfance est importante en soi et pour ce qu'elle est, elle a une signification bien à elle. Les années d'enfance font partie de la vraie vie, au même titre que l'âge adulte. *Ni plus, ni moins* » (A. VANDEZANDE, « Janusz Korczak, autrement », in *Le droit de l'enfant au respect*, Limal, Anthemis, 2013, p. 21).

⁶⁷ « Les législateurs genevois ont confondu les notions de droit et de devoir : le ton de la Déclaration relève de la prière et pas de l'exigence. C'est un appel aux bonnes volontés, une demande de compréhension » (J. KORCZAK, *Le droit de l'enfant au respect*, *op. cit.*). Sa déception et son travail n'auront pas été vains, puisque c'est la Pologne qui portera le projet d'une Convention internationale relative aux droits de l'enfant, laquelle symbolise la nouvelle vision de l'enfant.

⁶⁸ Préambule. C'est moi qui souligne.

⁶⁹ « Principe 2. L'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale et se voir accorder des possibilités et des facilités par l'effet de la loi et par d'autres moyens, afin d'être en mesure de se développer d'une façon saine et normale sur le plan physique, intellectuel, moral,

les deux pactes onusiens sont adoptés à leur tour. Ils sont juridiquement contraignants et concernent tous les êtres humains, dont les enfants, qui reçoivent une protection spécifique à l'article 24 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

B) La Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989

Petit à petit, des voix s'élèvent pour dénoncer les abus qui découlent du modèle protectionnel et revendiquer la reconnaissance de l'enfant comme une personne et non plus comme un citoyen en devenir⁷⁰. L'enfant n'avait en effet que très peu de possibilités pour revendiquer ses droits et se faire entendre⁷¹. La fonction « subversive » de *l'intérêt de l'enfant* émerge et permet « tout naturellement la revendication de la transmutation de *l'intérêt du mineur* en droit subjectif de l'enfant »⁷². Au fil du temps, juges et législateurs imposent le respect de ces droits, tel le droit à un procès équitable, le droit à la liberté ou le droit à la vie privée⁷³. Il ne s'agit cependant pas de dénier complètement les particularités inhérentes à l'enfant, sous peine d'en faire un mini-adulte. La notion de *l'intérêt de l'enfant* se transforme paradigmatiquement. Elle vise à présent à ce que l'enfant soit appréhendé comme une personne humaine titulaire de droits fondamentaux, tout en appréhendant son altérité, sa vulnérabilité.

spirituel et social, dans des conditions de liberté et de dignité. Dans l'adoption de lois à cette fin, *l'intérêt supérieur de l'enfant* doit être la considération déterminante » ; « Principe 7, alinéa 2. *L'intérêt supérieur de l'enfant* doit être le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation ; cette responsabilité incombe en priorité à ses parents » (c'est moi qui souligne).

⁷⁰ T. MOREAU, « Préambule : L'évolution du concept d'intérêt du mineur sur le plan juridique », *op. cit.*, p. 12.

⁷¹ En 1985, Françoise Dolto écrivait ainsi : « La cause des enfants ne sera pas sérieusement défendue, tant que ne sera pas diagnostiqué le refus inconscient qui entraîne toute société à ne pas vouloir traiter l'enfant comme une personne dès sa naissance, vis-à-vis de qui chacun se comporte comme il aimerait qu'autrui le fasse à son égard » (Fr. DOLTO, *La cause des enfants*, Paris, R. Laffont, 1985, p. 149). L'on peut cependant faire référence à deux arrêts de principe du début du siècle dernier qui sont souvent invoqués pour démontrer la reconnaissance judiciaire du bénéfice des libertés constitutionnelles – en particulier la liberté de conscience – sans distinction d'âge : Trib. arr. Dinant, 14 février 1907, *B.J.*, 1907, p. 651 ; Liège, 5 mai 1909, *Pas.*, 219. Voy. notamment à ce sujet K. RIMANQUE, *De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige – publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beginselen*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 402.

⁷² T. MOREAU, « Préambule : L'évolution du concept d'intérêt du mineur sur le plan juridique », *op. cit.*, p. 14 (c'est moi qui souligne).

⁷³ *Ibid.*

Il faudra attendre l'adoption de la Convention relative aux droits de l'enfant, le 20 novembre 1989, pour que s'opère la véritable transformation, la véritable « révolution »⁷⁴, de la place de l'enfant dans la sphère juridique. La Convention proclame en effet toute une série de droits-créances, de « protections », mais également les libertés individuelles : droit de participation, liberté d'expression, liberté de pensée, de conscience et de religion, liberté d'association, droit à la vie privée, liberté d'aller et venir. Certes, ces libertés sont exercées suivant l'évolution des capacités de l'enfant, mais il ne fait plus aucun doute que l'enfant visé par la Convention relative aux droits de l'enfant est un sujet de droits, à la fois digne de protection, mais dont l'autonomie et l'autodétermination sont encouragées. L'enfant est titulaire des droits fondamentaux et en détient aussi l'exercice, dans les limites de ses possibilités.

Cette convention est exceptionnelle à plus d'un titre : quasi universellement ratifiée⁷⁵, contenant à la fois des droits civils et politiques et des droits économiques, sociaux et culturels, c'est surtout pour l'équilibre qu'elle a recherché entre les deux pôles de l'enfant, à la fois semblable aux adultes, car humain, mais en même temps différent de ceux-ci, car plus vulnérable, qu'elle marque un tournant important. L'on retrouve tout à la fois des droits « généraux », qui concernent tout le monde, et des droits « spécifiques » qui concernent spécialement les enfants⁷⁶. Deux conséquences sont particulièrement saillantes depuis l'adoption de la Convention relative aux droits de l'enfant. D'une part, au sein de la famille, le père « qui en constituait la clé de voûte » cède la place à l'enfant qui occupe aujourd'hui la place centrale dans la famille, devenue une « société individualiste égalitaire, où chacun y est reconnu dans sa dignité d'homme »⁷⁷. Cette transformation des rôles dans la famille ressort aussi dans la jurisprudence actuelle en matière de droits fondamentaux, comme je le montrerai à travers un exemple choisi dans la section 2. D'autre part, la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droits, semblable et différent de l'adulte, ressort aussi de certains textes normatifs nationaux. Un exemple topique peut être trouvé dans la loi du 28 février 2014 modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie qui, au regard de la dignité humaine dont doit pouvoir jouir le mineur comme le majeur, étend

⁷⁴ J. ZERMATTEN, *L'intérêt supérieur de l'enfant*, op. cit., p. 6.

⁷⁵ Seuls les États-Unis, pourtant signataires, restent en défaut de ratification.

⁷⁶ D. YOUNG, *Penser les droits de l'enfant*, op. cit., pp. 96 et 97.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 3.

l'euthanasie aux mineurs doués de discernement, tout en renforçant, au nom de leur protection, les conditions pour permettre à ces mineurs de la demander et de l'obtenir⁷⁸.

C) L'intérêt de l'enfant, pierre angulaire du modèle des droits de l'enfant

La Convention relative aux droits de l'enfant proclame dans son article 3.1. : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, *l'intérêt supérieur de l'enfant* doit être une considération primordiale ». D'autres articles de la Convention visent *l'intérêt de l'enfant*, soit en tant que droit fondamental, soit comme dérogation à certains droits. L'article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution belge, adopté dix-neuf ans plus tard, en 2008, proclame de même : « dans toute décision qui le concerne, *l'intérêt de l'enfant* est pris en considération de manière primordiale ». Notons que le large sceptre de l'article 3.1 n'a pas été discuté lors des travaux préparatoires de la Convention et n'a donc pas été motivé⁷⁹. Seul le délégué vénézuélien avait demandé, en dernière minute et sans succès, des lignes directrices plus claires pour interpréter la notion dans la pratique⁸⁰.

Lors de sa première réunion en 1991, le Comité des droits de l'enfant des Nations unies, chargé du contrôle de la Convention dans le monde, a érigé cet article 3.1 comme l'un quatre principes généraux de la Convention⁸¹. Ce choix, opéré dès le début des travaux du Comité en 1991 par une dizaine de personnes, n'a lui non plus pas été expliqué et suscite encore aujourd'hui un questionnement. Nigel Cantwell⁸² s'inquiète ainsi d'une

⁷⁸ Doc. parl., Sénat, sess. 2013-2014, n° 5-2170/004.

⁷⁹ N. CANTWELL, « La genèse de l'intérêt supérieur dans la Convention relative aux droits de l'enfant », *J.D.J. fr.*, 2011, vol. 303, pp. 22-25 ; B. BRAUCKMANN et S. BEHLOUL, *L'intérêt de l'enfant. Genèse et usages d'une notion équivoque en protection de l'enfance*, op. cit., p. 88. D'autres débats à propos l'article 3.1 ont été menés, notamment sur le fait de déplacer la référence aux parents et aux représentants légaux en dehors de son champ d'application, ce qui a été fait dans l'article 18.1 de la Convention, ou le fait de déterminer si *l'intérêt supérieur de l'enfant* était « une » considération primordiale ou « la » considération primordiale, la première expression ayant été retenue.

⁸⁰ N. CANTWELL, « The concept of the best interests of the child : what does it add to children's human rights ? », in *The Best Interests of the Child – A Dialogue between Theory and Practice*, Strasbourg, Éd. du Conseil de l'Europe, 2016, p. 20.

⁸¹ Avec le droit à l'égalité et à la non-discrimination (art. 2), le droit à la vie, à la survie et au développement (art. 6) et le droit de participation (art. 12).

⁸² Nigel Cantwell est un expert international en matière de droits de l'enfant. Il a présidé le groupe des ONG qui ont participé à l'élaboration de la Convention relative aux droits de l'enfant.

« espèce de hiérarchie qui va à l'encontre des droits humains », ceci d'autant plus « qu'il s'agit d'une disposition dont la portée voulue n'aurait jamais dû être perçue d'une façon aussi générale »⁸³. Ces considérations expliquent l'aura que connaît aujourd'hui le droit fondamental relatif à la prise en compte de manière primordiale de *l'intérêt de l'enfant*.

Notion à géométrie variable, *l'intérêt de l'enfant* sera toujours le « point de vue d'adulte sur la situation de l'enfant »⁸⁴. Certes, la lecture des débats préalables à l'adoption de la Convention montre que l'article 3.1 a pour principal objectif de renforcer les garanties contenues dans les droits et « non pas d'en réduire la force ou l'applicabilité, [ou] encore moins d'imposer une approche paternaliste de dernier ressort qui pourrait contrecarrer valablement le respect des droits dans le traité »⁸⁵. Mais l'absence de précision sur l'articulation entre les droits fondamentaux de l'enfant et la prise en compte de ses *intérêts* de même que la prééminence qui a été conférée à l'article 3.1 ont eu pour conséquence, dans certains cas, de conduire au recul d'une protection concrète et effective des droits de l'enfant, « pour le bien de l'enfant ». Dans cette hypothèse, le risque que le modèle des droits humains s'efface au profit d'une vision paternaliste n'est pas nul⁸⁶.

Dans son Observation générale n° 14 (2013)⁸⁷, le Comité des droits de l'enfant des Nations unies tente d'explicitier ce que doit signifier, dans la philosophie des droits humains, la prise en compte de *l'intérêt de l'enfant* dans toute décision qui le concerne. Il souligne que, « du fait de sa souplesse, le concept d'*intérêt supérieur de l'enfant* est adaptable à la situation d'un enfant particulier et à l'évolution des connaissances sur le développement de l'enfant », tout en observant que le concept d'*intérêt supérieur de l'enfant* a déjà pu être manipulé et utilisé abusivement dans plusieurs circonstances⁸⁸.

⁸³ N. CANTWELL, « La genèse de l'intérêt supérieur dans la Convention relative aux droits de l'enfant », *op. cit.*, pp. 24 et 25. Le même auteur souligne l'incongruité du fait que la notion d'*intérêt supérieur* n'a été consacrée, sur le plan des droits humains, que vis-à-vis de l'enfant et non pour les autres catégories de personnes en situation de vulnérabilité (N. CANTWELL, « The concept of the best interests of the child : what does it add to children's human rights ? », *op. cit.*, p. 19).

⁸⁴ T. MOREAU, « Intérêt et droits de l'enfant ou les deux éléments constitutifs du droit de l'enfant au respect. L'exemple du placement et de la privation de liberté », *op. cit.*, p. 154.

⁸⁵ N. CANTWELL, « La genèse de l'intérêt supérieur dans la Convention relative aux droits de l'enfant », *op. cit.*, p. 24 ; D. YOUR, *Penser les droits de l'enfant*, *op. cit.*, p. 130.

⁸⁶ N. CANTWELL, « La genèse de l'intérêt supérieur dans la Convention relative aux droits de l'enfant », *op. cit.*, p. 25. Voy. aussi, du même auteur, N. CANTWELL, « The concept of the best interests of the child : what does it add to children's human rights? », *op. cit.*

⁸⁷ Observation générale n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale, 2013, CRC/C/GC/14, art. 3, § 1.

⁸⁸ *Ibid.*, § 34.

Selon lui, l'article 3.1 se déploie dans trois dimensions :

- Un *droit de fond*, directement applicable, à ce que *l'intérêt supérieur de l'enfant* « soit évalué et soit une considération primordiale lorsque différents intérêts sont examinés en vue d'aboutir à une décision sur la question en cause, et la garantie que ce droit sera mis en œuvre dans toute prise de décisions » ;
- Un *principe juridique interprétatif* fondamental suivant lequel lorsqu'une règle juridique peut être interprétée de plusieurs façons, c'est celle qui respecte le plus efficacement *l'intérêt de l'enfant* qui doit être choisie ;
- Une *règle de procédure* qui impose aux États lorsqu'une décision est prise d'évaluer les incidences (positives ou négatives) sur l'enfant concerné ou les enfants concernés et puis de *déterminer* ce qui est le mieux en vue de la protection de leurs *intérêts*.

Le Comité précise que l'évaluation et la détermination de *l'intérêt de l'enfant* doivent être *concrètes* et non simplement théoriques. Il souligne que les droits et intérêts des autres sont aussi importants, mais que, dans la balance, un *plus grand poids* doit être accordé à ce qui sert au mieux *l'intérêt de l'enfant* car cet enfant est plus vulnérable que les autres⁸⁹. Enfin, il rappelle que *l'intérêt de l'enfant* sert à *renforcer ses droits* et jamais les réduire ou les faire disparaître. Les droits de l'enfant, en ce compris la prise en compte de leurs *intérêts*, sont en effet universels, indivisibles, interdépendants et indissociables⁹⁰.

Nonobstant l'effort louable du Comité à travers son Observation générale n° 14, l'ambivalence de *l'intérêt de l'enfant* ressort encore de décisions jurisprudentielles récentes. Dans certaines affaires, la prise en compte de cet *intérêt* renforce les droits de l'enfant en prenant en compte sa vulnérabilité. Dans d'autres cas, malgré la référence explicite à *l'intérêt de l'enfant*, une analyse plus pointue montre que ses droits fondamentaux sont en réalité ignorés ou bafoués. Cette étude fera l'objet du deuxième point de cette réflexion à travers quatre illustrations récentes⁹¹.

⁸⁹ Jean Zermatten insiste sur le fait que l'enfant n'est pas un être d'exception qui doit toujours primer les intérêts ou droits des autres personnes. Il rappelle que l'enfant « n'est pas une personne individualisée à l'extrême mais une personne membre de sa famille et membre de la communauté pour ne pas dire déjà citoyen en tous les cas futur citoyen, donc partie intégrante de l'État ». (J. ZERMATTEN, *L'intérêt supérieur de l'enfant*, op. cit., p. 14).

⁹⁰ Voy. plus particulièrement sur les liens entre l'article 3.1, l'article 5 et l'article 12 de la Convention : G. LANSDOWN, « Best interests of the child and the right to be heard », in *The Best Interests of the Child - A Dialogue between Theory and Practice*, op. cit., pp. 31-35.

⁹¹ Pour d'autres illustrations où la référence à *l'intérêt de l'enfant* porte atteinte au modèle des droits humains ou participe à son renforcement voy. notamment N. CANTWELL, « The concept of the best interests of the child : what does it add to children's human rights ? », op. cit., pp. 24-26.

SECTION 2. – L'ambivalence actuelle de la consécration de l'intérêt de l'enfant

§ 1. Première illustration : la filiation et la Cour constitutionnelle

Mon illustration préférée de l'apport de *l'intérêt de l'enfant* dans la protection de ses droits trouve sa source dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge en matière de filiation.

Le droit de la filiation en Belgique « s'est toujours construit sur base de choix posés en amont, par le législateur, au terme d'un subtil assemblage de différentes valeurs, évoluant au fil du temps : sécurité juridique, paix des familles, égalité des filiations, vérité du cœur, vérité du sang, égalité entre le père et la mère, entre les couples mariés et non mariés, entre les enfants »⁹², *intérêt de l'enfant*. Lors des deux grandes réformes du droit de la filiation, en 1987 et en 2006, *l'intérêt de l'enfant* avait ainsi été envisagé comme une simple valeur et il n'était nullement question d'un droit fondamental de l'enfant, malgré la Convention relative aux droits de l'enfant obligatoire en Belgique depuis 1992.

Saisie d'une série de questions préjudicielles en cette matière, la Cour constitutionnelle a initié deux évolutions majeures au nom de *l'intérêt de l'enfant*. Elles concernaient le « délai-pivot » instauré aux anciens articles 329*bis*, paragraphe 2, alinéa 3, et 332*quinquies*, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, du Code civil et abrogé depuis lors par les articles 107 et 109 de la loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice⁹³. En substance, le délai-pivot prévoyait qu'en cas de demande de reconnaissance ou d'action en recherche de filiation intentée « tardivement », soit au-delà du premier anniversaire de l'enfant, le juge pouvait refuser d'établir la filiation si elle était manifestement contraire à *l'intérêt de l'enfant*. Par contre, si la procédure était introduite avant ce délai, le juge ne pouvait opérer un tel contrôle.

Dans le premier arrêt relatif à ce délai-pivot, la Cour estime que si l'âge d'un an constitue un critère objectif, il ne peut être considéré comme pertinent au regard de la mesure en cause⁹⁴. Rien ne peut en effet justifier le fait que le juge saisi prenne en considération *l'intérêt de l'enfant* lorsqu'il

⁹² G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. 58.

⁹³ Les travaux parlementaires montrent que le législateur s'est fondé sur les arrêts de la Cour constitutionnelle pour modifier les articles 329*bis* et 332*quinquies* au nom de *l'intérêt de l'enfant*, droit fondamental de l'enfant (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 54-3303, pp. 12 et 82-83).

⁹⁴ C. const., 16 décembre 2010, n° 144/2010.

est âgé de plus d'un an mais ne puisse en tenir compte lorsque l'enfant a moins d'un an⁹⁵. Elle conclut que « l'absence de toute possibilité de contrôle judiciaire portant sur *l'intérêt de l'enfant* mineur non émancipé à voir établie la filiation paternelle par reconnaissance dans l'hypothèse visée à l'[ancien] article 329*bis*, § 2, alinéa 3 du Code civil est incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution »⁹⁶. Quinze mois plus tard, la haute juridiction a confirmé sa position dans un arrêt sur question préjudicielle concernant l'ancien article 332*quinquies*, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, du Code civil, qui consacrait le délai-pivot dans le cadre d'une action en recherche de filiation⁹⁷.

Les articles 329*bis*, paragraphe 2, alinéa 3, et 332*quinquies*, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, du Code civil limitaient par ailleurs le contrôle du juge en lui imposant un contrôle marginal de *l'intérêt de l'enfant*. C'était seulement dans l'hypothèse où le lien de filiation était *manifestement* contraire à cet *intérêt* que le juge devait refuser de l'établir⁹⁸. Une telle limite semblait incompatible avec le droit fondamental à ce que *l'intérêt de l'enfant* soit pris en considération, dans toute décision qui le concerne, de manière primordiale. Interrogée à cet égard par question préjudicielle⁹⁹, la Cour constitutionnelle a jugé que cette limite n'était pas conforme à l'article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution et à l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant¹⁰⁰, dès lors qu'« une place prépondérante » doit être accordée à *l'intérêt de l'enfant*¹⁰¹. La Cour nuance quelque peu le propos en rappelant que « si *l'intérêt de l'enfant* revêt un caractère primordial, il n'a pas pour autant un caractère absolu¹⁰². Dans la mise en balance des différents intérêts en jeu, *l'intérêt de l'enfant* occupe une place

⁹⁵ C. const., 16 décembre 2010, n° 144/2010, B.6.

⁹⁶ C. const., 16 décembre 2010, n° 144/2010, B.7 (c'est moi qui souligne). Voy. également le dispositif.

⁹⁷ C. const., 3 mai 2012, n° 61/2012, B.7.

⁹⁸ Le mot « manifestement » fut introduit dans le texte pour « prendre uniquement en compte le danger grave pour l'enfant », soit que le candidat à la reconnaissance soit dans une situation telle que s'il eut été juridiquement le père, il eut pu être déchu de l'autorité parentale (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2003-2004, n° 0597/001, p. 10).

⁹⁹ Cass., 2 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, n° 3, p. 712. La question préjudicielle concernait l'article 332*quinquies*, § 2, al. 1^{er}, du Code civil.

¹⁰⁰ C. const., 7 mars 2013, n° 30/2013. Depuis, la Cour de cassation applique scrupuleusement l'arrêt de la Cour constitutionnelle : Cass., 27 septembre 2013, n° C.10.0685.F. Voy. dans le même sens à propos de l'art. 329*bis*, § 2, al. 3 : C. const., 2 juillet 2015, n° 101/2015, spéc. B.8 à B.10 ; C. const., 2 juillet 2015, n° 102/2015, spéc. B.8 à B.10.

¹⁰¹ C. const., 7 mars 2013, n° 30/2013, B.11.

¹⁰² Dans les discussions préalables à l'adoption de l'article 3.1 de la Convention, il a d'ailleurs été relevé qu'il ne s'agissait pas de viser uniquement la protection des *intérêts de l'enfant* mais bien les droits et intérêts de chacun (N. CANTWELL, « The concept of the best interests of the child : what does it add to children's human rights ? », *op. cit.*, p. 24).

particulière du fait qu'il représente la partie faible dans la relation familiale. Cette place particulière ne permet pas pour autant de ne pas prendre également en compte les intérêts des autres parties en présence »¹⁰³.

Ainsi, grâce à la consécration de la prise en compte de *l'intérêt de l'enfant* comme considération primordiale et sous l'impulsion de la Cour constitutionnelle¹⁰⁴, gardienne du respect des droits fondamentaux par les textes législatifs, il a été imposé, tant dans le cadre des reconnaissances que des recherches de paternité, de procéder à une balance concrète des droits et des intérêts des protagonistes concernés, tout en donnant un poids prépondérant à *l'intérêt de l'enfant*, compte tenu de sa vulnérabilité¹⁰⁵. *L'intérêt de l'enfant* permet ainsi de renforcer les droits de la personne la plus fragile dans la relation, qui doit être protégée, l'enfant.

§ 2. Deuxième illustration : le retour des enfants belges de Syrie et le président du tribunal de première instance francophone de Bruxelles

Une autre illustration du fait que *l'intérêt de l'enfant* peut protéger le plus faible ressort d'une ordonnance prise en référé par le président du tribunal de première instance francophone de Bruxelles le 11 juin 2019¹⁰⁶. Il devait se prononcer sur le retour en Belgique d'une enfant mineure, devenue majeure au moment de la décision, détenue dans le camp kurde

Plusieurs auteurs considèrent que l'expression « *the best interests of the child* » visée à l'article 3.1 en anglais aurait été traduite plus adéquatement par les « *meilleurs* » intérêts de l'enfant (Voy. not. D. YOUR, *Penser les droits de l'enfant*, op. cit., p. 133).

¹⁰³ C. const., 7 mars 2013, n° 30/2013, B.10. C'est moi qui souligne.

¹⁰⁴ La Cour européenne des droits de l'homme a aussi permis cette évolution. Comme elle le répète régulièrement dans ses arrêts : « il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que *dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer* » (Cour eur. D.H. [Gde Ch.], *Neuligner et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, § 135). C'est moi qui souligne.

¹⁰⁵ Dans le même sens, Paul Martens écrit : « Si on devait trouver un fil conducteur de la jurisprudence de la Cour, c'est qu'elle accorde une attention constante à *l'intérêt de l'enfant* » (P. MARTENS, « Filiation et Cour constitutionnelle : contrepoint », in *Cour constitutionnelle et droit familial* [N. MASSAGER et J. SOSSON dir.], Limal, Anthemis, 2015, p. 100). C'est moi qui souligne.

¹⁰⁶ Civ. Bruxelles (réf.), 11 juin 2019, n° 19/37/C, non publié. L'ordonnance commentée a été frappée d'appel. La Cour d'appel de Bruxelles a rendu son arrêt le 9 janvier 2020. Contrairement au Tribunal de première instance, elle ne statue pas sur base de *l'intérêt supérieur de l'enfant* notamment consacré aux articles 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant et 22bis de la Constitution, dès lors que la requérante était majeure au moment de la citation et qu'il n'y avait pas eu de débats contradictoires sur ce point en première instance. Par conséquent, cette nouvelle décision ne modifie pas, selon nous et à tout le moins en théorie, les conclusions relatives à *l'intérêt de l'enfant* formulées ici.

Al-Hol en Syrie suite à un enlèvement parental. La demande formulée était triple : s'assurer de l'intégrité physique et psychologique de la jeune fille, remettre tous les documents nécessaires au rapatriement et faciliter le rapatriement en prenant contact avec toutes les autorités et institutions pertinentes sur place, le tout sous astreinte. Contrairement à ce qui a été jugé dans une autre ordonnance du 30 octobre 2019 en la matière¹⁰⁷, le président n'a pas reconnu à la jeune fille le droit subjectif à l'assistance consulaire qu'elle réclamait. Il a cependant considéré que le droit à la protection de *l'intérêt de l'enfant*¹⁰⁸ est un droit subjectif¹⁰⁹ et qu'au regard de la situation concrète de la jeune fille, il n'était pas conforme à son *intérêt* qu'elle soit maintenue dans le camp Al-Hol en Syrie, « où il est porté atteinte à son intégrité physique, psychique et morale ». Le président insiste sur les conditions désastreuses dans le camp : « son *intérêt* de revenir sur le territoire belge auprès de sa mère et de sa sœur paraît devoir être pris en considération de manière primordiale »¹¹⁰. La protection de *l'intérêt de l'enfant* implique donc des « devoirs corrélatifs » dans le chef de l'État qui supposent des « mesures nécessaires, adéquates et concrètes », permettant le développement de la jeune fille concernée. Après avoir passé en revue les actions que l'État belge a réalisées ou aurait pu réaliser dans le cadre de l'assistance consulaire, le président conclut qu'en « décidant de ne pas mettre en œuvre l'assistance consulaire avec tous les moyens dont il dispose, alors même qu'un enfant se trouve en état de détresse aiguë, l'État belge porte *prima facie* atteinte au droit reconnu par l'article 22bis de notre Constitution. Dans les actes accomplis par l'État belge, il apparaît que *l'intérêt supérieur de l'enfant* n'a pas été pris en considération de manière primordiale »¹¹¹. Dans la balance entre *l'intérêt de la jeune fille* et l'intérêt de l'État belge, le président en conclut que le premier pèse plus lourd que le second et il condamne l'État belge à fournir tous

¹⁰⁷ Civ. Bruxelles (réf.), 30 octobre 2019, n° 19/129/C, non publié, pt 40. Cette ordonnance a aussi été frappée d'appel. En date du 7 février 2020, l'affaire était toujours pendante devant la cour d'appel de Bruxelles.

¹⁰⁸ Le Président du tribunal de première instance francophone de Bruxelles considère que le fait que la demanderesse soit devenue majeure entre-temps ne pose pas de difficulté en l'espèce dès lors que les faits à l'origine de l'affaire se sont déroulés quand elle était mineure (Civ. Bruxelles [réf.], 11 juin 2019, n° 19/37/C, non publié, pt 29).

¹⁰⁹ Civ. Bruxelles (réf.), 11 juin 2019, n° 19/37/C, non publié, pt 30.

¹¹⁰ Civ. Bruxelles (réf.), 11 juin 2019, n° 19/37/C, non publié, pt 42 (c'est moi qui souligne).

¹¹¹ Civ. Bruxelles (réf.), 11 juin 2019, n° 19/37/C, non publié, pt 49 (c'est moi qui souligne).

les documents indispensables au rapatriement, sous astreinte, d'une part, à mettre en place tous les mesures nécessaires et possibles pour rapatrier la jeune fille, d'autre part¹¹².

Dans cette affaire, la prise en compte de *l'intérêt de l'enfant* comme considération primordiale a permis, à défaut d'un droit à l'assistance consulaire, un renforcement des droits fondamentaux de la jeune fille mineure, gravement bafoués au sein du camp Al-Hol. Il s'agit d'un exemple particulièrement éclairant quant à la pertinence de ce droit fondamental de l'enfant quand les autres dispositions juridiques n'ont pas pu être mobilisées, ainsi que de la plus-value de son intégration dans la Constitution¹¹³, dès lors que c'est surtout en se référant à l'article 22bis que le président a fondé son raisonnement.

Statuant dans un autre dossier concernant une maman et ses deux enfants mineurs dans une ordonnance du 30 octobre 2019, le président du tribunal de première instance francophone de Bruxelles¹¹⁴ a reconnu, dans ce cas d'espèce-ci, un droit subjectif à l'assistance consulaire aux deux enfants, sur le fondement de l'article 78, 6°, du Code consulaire de Belgique¹¹⁵, et a donc condamné l'État belge à les rapatrier. *L'intérêt de l'enfant* n'a dès lors pas dû être mobilisé à ce stade. Par contre, c'est au nom de la protection de *l'intérêt de l'enfant* et du droit à la vie familiale, que le président a ordonné le rapatriement de la maman des enfants mineurs, laquelle ne pouvait pas revendiquer le droit subjectif à l'assistance consulaire¹¹⁶. Pour parvenir à cette décision, il a réalisé une balance entre les *intérêts des enfants mineurs* et les intérêts de l'État belge et a considéré que les premiers prévalaient en l'espèce sur les seconds au regard du « contexte traumatisant dans lequel [ils] ont dû vivre depuis leur naissance, contexte dans lequel leur mère a constitué le seul point de repère stable et la seule source d'affection. Les séparer de leur mère serait, incontestablement, constitutif, dans leur chef, d'un nouveau traumatisme qui viendrait encore s'ajouter à tout ce qu'ils ont déjà vécu »¹¹⁷.

¹¹² Civ. Bruxelles (réf.), 11 juin 2019, n° 19/37/C, non publié, pt 50 et dispositif.

¹¹³ Voy. sur cette question : A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « Les droits constitutionnels des enfants », in *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation* (M. VERDUSSEN et N. BONBLED dir.), vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1599-1636.

¹¹⁴ Civ. Bruxelles (réf.), 30 octobre 2019, n° 19/129/C, non publié. Voy. dans le même sens, Civ. Bruxelles (réf.), 2 décembre 2019, n° 19/87/C, non publié.

¹¹⁵ Civ. Bruxelles (réf.), 30 octobre 2019, n° 19/129/C, non publié pt 40.

¹¹⁶ Civ. Bruxelles (réf.), 30 octobre 2019, n° 19/129/C, non publié, pt 52.

¹¹⁷ Civ. Bruxelles (réf.), 30 octobre 2019, n° 19/129/C, non publié. Notons que, le 11 décembre 2019, le Tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles a ordonné en référé à l'État belge, de fournir une assistance consulaire à dix enfants retenus dans le camp Al-Hol en Syrie et de leur délivrer les documents leur permettant d'être rapatriés en

Dans la balance des droits et intérêts, *l'intérêt de l'enfant* a reçu une place prépondérante, à l'aune de la vulnérabilité des enfants, et a ainsi permis de renforcer les droits des plus faibles.

§ 3. Troisième illustration : le placement d'enfants et la Cour européenne des droits de l'homme

La troisième illustration concerne le placement d'urgence, par les autorités norvégiennes, d'un enfant de trois semaines en famille d'accueil à cause des carences de la jeune maman de 23 ans qui mettaient en danger la vie du bébé. S'en suit une longue procédure en justice. Au cours de laquelle, les services de protection de l'enfance ont demandé une déchéance de l'autorité parentale de la maman et une adoption par la famille d'accueil, au nom de *l'intérêt de l'enfant*, jugé particulièrement vulnérable. À ce moment-là, l'enfant a trois ans et vit dans sa famille d'accueil depuis le premier placement en urgence. Les rares visites de sa maman se sont généralement mal passées. Après un examen minutieux de *l'intérêt de l'enfant*, les juridictions norvégiennes décident de déchoir la jeune mère de son autorité parentale et autorisent les parents d'accueil à adopter l'enfant. La jeune femme introduit un recours auprès de la Cour européenne des droits de l'homme¹¹⁸.

Dans son arrêt de Grande chambre du 10 septembre 2019, la Cour européenne des droits de l'homme considère que la Norvège a violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme¹¹⁹. Dans son raisonnement, elle rappelle qu'en « ce qui concerne la vie familiale d'un enfant, [...] il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur *intérêt supérieur* doit primer [...] ». Elle note en même temps « que la recherche de l'unité familiale et celle de la réunion de la famille en cas de séparation constituent des considérations inhérentes au droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 ». Par conséquent, en cas de conflit, un

Belgique mais qu'il a par contre débouté leurs mamans respectives (Civ. Bruxelles (réf.), 11 décembre 2019, 2019/90/C, non publié). Le 8 janvier 2020, l'État belge a déclaré qu'il ne ferait pas appel de cette décision (compte-rendu intégral [version provisoire], Commission des relations extérieures, Ch., sess. 2019-2020, 8 janvier 2020, CRIV 55, COM 083, p. 27).

¹¹⁸ Cour eur. D.H. (Gde Ch.), 10 septembre 2019, *Strand Lobben et autres c. Norvège*, §§ 10-121.

¹¹⁹ Contrairement à la décision de la chambre (Cour eur. D.H. (Gde Ch.), 10 septembre 2019, *Strand Lobben et autres c. Norvège*, § 160)

juste équilibre entre les droits et intérêts en jeu doit être ménagé, même si une importance particulière est accordée à *l'intérêt de l'enfant*, qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui des parents¹²⁰.

Appliquant ces principes à l'affaire qui lui est soumise, la Cour constate que deux droits s'opposent. D'une part, le droit au maintien de la relation familiale, qui ne peut être brisé que pour des circonstances exceptionnelles, afin d'éviter qu'un enfant ne soit coupé de ses racines. D'autre part, le droit à la protection de l'enfant, qui doit lui permettre d'évoluer dans un environnement sain, sans porter préjudice à sa santé et à son développement. Les États ont une obligation positive de maintenir les relations entre l'enfant et ses parents en cas de placement, en vue de faciliter la réunion de la famille dès que possible¹²¹. Lorsqu'il s'agit d'une déchéance de l'autorité parentale accompagnée d'une autorisation d'adoption, qui entraîne la rupture définitive des liens juridiques des parents avec l'enfant, la Cour souligne que la décision doit être fondée sur *l'intérêt supérieur de l'enfant* car la réunification de la famille est définitivement exclue¹²². Les États disposent certes d'une importante marge d'appréciation en la matière, mais elle n'est pas illimitée¹²³. Ils ont une obligation procédurale vis-à-vis des parents biologiques qui doivent pouvoir faire valoir leurs droits : « le respect effectif de la vie familiale commande que les relations futures entre parent et enfant se règlent sur la seule base de l'ensemble des éléments pertinents, et non par le simple écoulement du temps »¹²⁴. En l'espèce, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'ingérence à l'article 8 de la Convention était bien prévue par la loi et poursuivait un but légitime¹²⁵. Par contre, la Cour a estimé que la mesure n'était pas nécessaire dans une société démocratique et qu'elle était disproportionnée. Si *l'intérêt de l'enfant* était au cœur du processus, les autorités norvégiennes « n'ont pas cherché à se livrer à un véritable exercice de mise en balance entre les *intérêts de l'enfant* et ceux de sa famille biologique » mais « se sont concentrées sur les *intérêts de l'enfant* au lieu de s'efforcer de concilier les deux ensembles d'intérêts en jeu ». Elles n'ont

¹²⁰ Cour eur. D.H. (Gde Ch.), 10 septembre 2019, *Strand Lobben et autres c. Norvège*, §§ 204-206.

¹²¹ Cour eur. D.H. (Gde Ch.), 10 septembre 2019, *Strand Lobben et autres c. Norvège*, § 208.

¹²² Cour eur. D.H. (Gde Ch.), 10 septembre 2019, *Strand Lobben et autres c. Norvège*, § 209.

¹²³ Cour eur. D.H. (Gde Ch.), 10 septembre 2019, *Strand Lobben et autres c. Norvège*, §§ 210-211.

¹²⁴ Cour eur. D.H. (Gde Ch.), 10 septembre 2019, *Strand Lobben et autres c. Norvège*, §§ 212-213.

¹²⁵ Cour eur. D.H. (Gde Ch.), 10 septembre 2019, *Strand Lobben et autres c. Norvège*, § 214.

en outre « pas sérieusement envisagé la possibilité d'une réunion de l'enfant et de sa famille biologique »¹²⁶. Concrètement, la Cour estime que la situation réelle de la mère biologique et, plus particulièrement, ses aptitudes parentales à l'époque considérée, n'a pas été examinée avec suffisamment de soin¹²⁷ et qu'en outre, la vulnérabilité de l'enfant aurait dû être appréciée de manière plus approfondie compte tenu de la gravité des intérêts en jeu¹²⁸ – la déchéance de l'autorité parentale et le placement en adoption. La Cour en déduit une violation de l'article 8 : tous les droits et intérêts des requérants, la mère et l'enfant, n'ont pas été dûment pris en compte et la décision n'a pas été entourée des garanties proportionnées à la gravité de l'ingérence et des intérêts en cause¹²⁹.

Cet arrêt illustre pleinement les dérives que peut induire un droit fondamental comme celui de la prise en compte de *l'intérêt de l'enfant*. Comme le souligne la Cour européenne des droits de l'homme, les autorités norvégiennes ont bien fondé leurs décisions au nom de *l'intérêt de l'enfant*. Mais il s'agissait d'un *intérêt de l'enfant* paternaliste, qui n'était pas fondé sur une étude approfondie du dossier, nonobstant l'enjeu primordial de l'affaire pour les deux requérants. Les conséquences qui en découlent sont particulièrement graves : violation des droits de la mère biologique *et* violation des droits de l'enfant, au nom de *l'intérêt de l'enfant*. Les droits de l'enfant en arrivent ainsi à être opposés à ceux de ses parents, alors que c'est aussi un droit de l'enfant d'être élevé par eux. Il y a, au surplus, un véritable recul du statut de l'enfant, à nouveau considéré comme un objet de droit qui doit être protégé « pour son bien » au détriment du respect effectif de ses droits.

§ 4. Quatrième illustration : la détention des enfants migrants et la Cour constitutionnelle

Avant le célèbre arrêt *Tabitha* prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme le 12 octobre 2006¹³⁰, et ceux qui ont suivi¹³¹, la détention des enfants mineurs étrangers sans titre de séjour n'était ni interdite,

¹²⁶ Cour eur. D.H. (Gde Ch.), 10 septembre 2019, *Strand Lobben et autres c. Norvège*, § 220 (c'est moi qui souligne).

¹²⁷ Cour eur. D.H. (Gde Ch.), 10 septembre 2019, *Strand Lobben et autres c. Norvège*, §§ 221-223.

¹²⁸ Cour eur. D.H. (Gde Ch.), 10 septembre 2019, *Strand Lobben et autres c. Norvège*, § 224.

¹²⁹ Cour eur. D.H. (Gde Ch.), 10 septembre 2019, *Strand Lobben et autres c. Norvège*, § 225.

¹³⁰ Cour eur. D.H., 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*.

¹³¹ Cour eur. D.H., 19 janvier 2010, *Muskhadzhieyeva e.a. c. Belgique* ; Cour eur. D.H., 28 octobre 2010, *Bubullima c. Grèce* ; Cour eur. D.H., 5 avril 2011 ; Cour eur. D.H.,

ni autorisée en Belgique, de telle sorte qu'elle se pratiquait dans les faits¹³². Les condamnations de la Cour européenne des droits de l'homme et la mobilisation de la société civile ont conduit l'État belge à faire évoluer, en 2008, la situation. Pour les familles avec enfants en séjour illégal, des « maisons de retour » ont été mises en place, en 2009, comme alternative à l'enfermement¹³³. Puis, en 2011, le législateur a inséré un nouvel article – l'article 74/9 – dans la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers qui prévoit que la détention des familles avec enfants mineurs est en principe interdite à moins que le lieu de détention ne soit adapté aux besoins des familles avec enfants mineurs. Si l'objectif de la loi était à l'origine louable, à savoir mettre fin à la détention des enfants, le législateur, par l'introduction de cette exception, permet, à nouveau, l'enfermement de mineurs et ce en violation de ses droits et du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant¹³⁴. Même de courte durée, une détention pour motif migratoire a un impact déterminant sur la santé physique et psychique et le développement de l'enfant¹³⁵.

13 décembre 2011, *Kanagaratnam e.a. c. Belgique* ; Cour eur. D.H., 19 janvier 2012, *Popov c. France* ; Cour eur. D.H., 31 juillet 2012, *Mahmundi c. Grèce* ; Cour eur. D.H., 24 octobre 2013, *Houssein c. Grèce* ; Cour eur. D.H., 11 décembre 2014, *Mohamad c. Grèce* ; Cour eur. D.H., 12 juillet 2016, *R.M. e.a. c. France* ; Cour eur. D.H., 12 juillet 2016, *A.M. e.a. c. France* ; Cour eur. D.H., 12 juillet 2016, *A.B. e.a. c. France* ; Cour eur. D.H., 12 juillet 2016, *R.K. e.a. c. France* ; Cour eur. D.H., 12 juillet 2016, *R.V. et R.C. c. France* ; Cour eur. D.H., 22 novembre 2016, *Abdullahi Elmi et Aweys Abubakar c. Malte* ; Cour eur. D.H., 7 décembre 2017, *S.F. e.a. c. Bulgarie* ; Cour eur. D.H., 28 février 2019, *H.A. e.a. c. Grèce* ; Cour eur. D.H., 13 juin 2019, *Sh. D. e.a. c. Grèce, Autriche, Croatie, Hongrie, Macédoine du Nord, Serbie et Slovénie* ; Cour eur. D.H., 17 octobre 2019, *G.B. e.a. c. Turquie*.

¹³² J. FIERENS, « La privation de liberté des enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 2010, pp. 361 et 362.

¹³³ A.R. du 14 mai 2009 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux d'hébergement au sens de l'article 74/8, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

¹³⁴ Observation générale conjointe n° 4 du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 23 du Comité des droits de l'enfant sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour, 2017, CMW/C/GC/4 – CRC/C/GC/23, § 5.

¹³⁵ *Ibid.*, § 9 ; UNICEF, *Alternatives à la détention des enfants migrants*, 2019, p. 3, www.unicef.be, qui cite Dr. KELLER, S. ALLAN *et al.*, « Mental health of detained asylum seekers », *The Lancet*, 2003, vol. 362, n° 9397, pp. 1721-1723 ; Coalition internationale contre la détention (IDC), *Captured Childhood : Introducing a New Model to Ensure the Rights and Liberty of Refugee, Asylum Seeker and Irregular Migrant Children Affected by Immigration Detention*, Melbourne, IDC, 2012, pp. 48 et 49.

Un recours a été introduit devant la Cour constitutionnelle qui l'a rejeté¹³⁶, sous réserve de quelques interprétations¹³⁷. Elle a ainsi jugé que l'article 74/9 de la loi du 15 décembre 1980, tel qu'elle l'interprète, n'est pas contraire à *l'intérêt de l'enfant*¹³⁸, ne peut pas être considéré comme un traitement inhumain ou dégradant¹³⁹, n'empêche pas les enfants de mener une vie conforme à la dignité humaine¹⁴⁰, ne porte pas atteinte à leur liberté individuelle, telle qu'elle est prévue dans la Constitution belge et dans les traités internationaux¹⁴¹, ne viole pas leur droit à la vie privée¹⁴² et n'est pas discriminatoire¹⁴³.

Sur *l'intérêt de l'enfant*, la Cour est laconique : « Ces dispositions [l'article 22bis de la Constitution et l'article 3.1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant] n'interdisent pas de façon absolue la détention de mineurs. L'article 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant autorise par ailleurs la détention de mineurs si elle se fait conformément à la loi et pour autant que cette détention ne soit décidée qu'en dernier ressort et pour une durée aussi brève que possible. Il ressort également de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la sauvegarde de *l'intérêt de l'enfant* ne s'oppose pas de manière absolue à la détention de mineurs, pour autant que l'unité familiale ne soit pas compromise, qu'il n'y ait pas d'alternatives et que la détention soit uniquement envisagée en dernier ressort (CEDH, 19 décembre 2012, *Popov c. France*, § 141) »¹⁴⁴.

Aucune balance des droits et intérêts n'a été réalisée par la Cour constitutionnelle. La fragilité de l'enfant n'a donc nullement été évaluée au regard des droits et intérêts des autres parties, en l'espèce l'État. Dans l'examen des autres moyens, la Cour ne s'y attarde pas non plus. Elle se contente d'affirmer que l'État « a un "droit indéniable" de contrôler souverainement l'entrée et le séjour des étrangers sur son territoire [...], droit qui a pour "corollaire indispensable" le fait que les États disposent d'un droit indéniable de priver les candidats à l'immigration de leur liberté »¹⁴⁵. Et

¹³⁶ C. const., 19 décembre 2013, n° 166/2013.

¹³⁷ Il s'agit pour l'essentiel d'imposer que le lieu de détention soit adapté aux besoins des familles avec enfants mineurs conformément à l'article 17 de la directive 2008/115/CE de l'Union européenne (C. const., 19 décembre 2013, n° 166/2013, B.8.4 et B.9.4).

¹³⁸ C. const., 19 décembre 2013, n° 166/2013, B.11 à B.12.3.

¹³⁹ C. const., 19 décembre 2013, n° 166/2013, B.13 à B.14.3.

¹⁴⁰ C. const., 19 décembre 2013, n° 166/2013.

¹⁴¹ C. const., 19 décembre 2013, n° 166/2013, B.4 à B10.

¹⁴² C. const., 19 décembre 2013, n° 166/2013, B.15 à B.16.3.

¹⁴³ C. const., 19 décembre 2013, n° 166/2013, B.17 à B.22.

¹⁴⁴ C. const., 19 décembre 2013, n° 166/2013, B.12.2 (c'est moi qui souligne).

¹⁴⁵ C. const., 19 décembre 2013, n° 166/2013, B.5.4.

de préciser ensuite que la détention des enfants pour motif migratoire est l'une des exceptions au droit à la liberté de l'enfant, garanti notamment par l'article 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant, à partir du moment où certains critères sont respectés (mesure prévue par la loi, de dernier ressort, la plus brève possible, dans un lieu adapté à l'enfant, pas d'alternative, pas de séparation de l'unité familiale), ce qui est bien le cas en l'espèce, selon elle.

Or, si la Cour avait examiné le respect des droits fondamentaux de l'enfant au regard de la prise en compte *de ses intérêts* et si elle avait réalisé, comme elle l'a déjà fait ailleurs¹⁴⁶, une balance des droits et intérêts dans laquelle elle octroie une place prépondérante à *l'intérêt de l'enfant*, il aurait été difficilement convaincant de justifier une privation de liberté d'enfants au nom des intérêts susvisés de l'État. À l'appui de cette affirmation, le Comité des droits de l'enfant considère que « la possibilité de placer des enfants en détention en tant que mesure de dernier ressort, qui peut s'appliquer dans des contextes tels que la justice pénale des mineurs, n'est pas applicable dans les procédures relatives à l'immigration parce qu'elle entrerait en conflit avec le principe de *l'intérêt supérieur de l'enfant* et avec le droit au développement »¹⁴⁷. Ainsi, en l'espèce, le droit de l'enfant à ce que ses *intérêts supérieurs* soient pris en considération a été éludé et sa situation de vulnérabilité ignorée. Comme je le soulignais déjà en 2015, dans le domaine sensible de la migration, la Cour constitutionnelle, si attentive à *l'intérêt de l'enfant* par ailleurs, lui accorde soudain moins d'importance et fait prévaloir l'intérêt de l'État à mettre en place la politique migratoire qui lui sied. *L'intérêt de l'enfant* semble tout à coup s'effacer devant certaines contraintes politiques et économiques prégnantes dans notre société, au détriment du plus faible¹⁴⁸.

Au final, sur le fondement de la loi de 2011 et d'un arrêté royal d'exécution du 22 juillet 2018, des unités familiales ont été construites le long des pistes de l'aéroport de Zaventem. Entre le 14 août 2018 et le 4 avril 2019, plusieurs enfants et leurs familles ont été détenus parfois plus de cinquante jours dans ces unités. Des rapports d'experts et de professionnels de la santé ont relaté les dommages psychologiques et médicaux que ces privations de liberté avaient provoqués, en vain. La détention pour motif

¹⁴⁶ Voy. *supra* en matière de filiation.

¹⁴⁷ Observation générale conjointe n° 4 du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 23 du Comité des droits de l'enfant, *op. cit.*, § 10 (c'est moi qui souligne). Dans leurs dernières recommandations communiquées à la Belgique, tant le Comité des droits de l'enfant (février 2019, CRC/C/BEL/CO/5-6) que le Comité des droits de l'homme (novembre 2019, CCPR/C/BEL/CO/6) des Nations unies prient instamment la Belgique de mettre définitivement un terme à la détention des enfants pour motif migratoire (c'est moi qui souligne).

¹⁴⁸ A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant, valeur fondamentale ? », *op. cit.*

migratoire a néanmoins été suspendue par le Conseil d'État, dans un arrêt du 4 avril 2019¹⁴⁹, suite au recours déposé par l'avocat des organisations requérantes, toi, cher Jacques. L'étape suivante sera l'arrêt du Conseil d'État qui se prononcera sur le recours en annulation¹⁵⁰. Avec l'espoir ensuite que la loi soit rapidement modifiée pour mettre un terme définitif à cette incompréhensible violation des droits de l'enfant en Belgique.

Conclusion

La notion de *l'intérêt de l'enfant* dans l'ordonnancement juridique est déjà ancienne mais a longtemps été instrumentalisée, se confondant avec l'intérêt du père ou de l'État. Même si *l'intérêt de l'enfant* a permis l'émergence du modèle protectionnel, les enfants étaient toujours, au début du XX^e siècle, perçus comme des « objets » de droits. Ce n'est que récemment, lors de l'adoption de la Convention relative aux droits de l'enfant, le 20 novembre 1989, qui vient donc de fêter ses trente ans, que le modèle des droits de l'enfant a émergé et qu'un subtil équilibre entre l'autonomie de l'enfant et sa protection à l'aune de sa vulnérabilité a été recherché. L'enfant, sujet de droits, était né.

Dans ce modèle, la prise en compte, de manière primordiale, de *l'intérêt de l'enfant* dans toute décision qui le concerne a été érigée comme pierre angulaire de la protection des droits de l'enfant.

Notion à la mode aujourd'hui, dans le monde du droit comme dans le monde de l'éducation, de la santé, de la psychologie, on la retrouve même dans la littérature et au cinéma¹⁵¹. Véritable clair-obscur des droits fondamentaux de l'enfant, elle n'est pas dénuée d'ambivalence et induit le meilleur comme le pire. Dans les deux premières décisions jurisprudentielles examinées ici, le principe de la prise en compte de manière primordiale de *l'intérêt de l'enfant* a été intégré comme un droit fondamental indispensable de l'enfant, qui a pu suppléer l'absence de droits ou qui a pu renforcer ces droits, dans une balance des droits et intérêts soigneusement réalisée, au regard de la vulnérabilité de l'enfant. Dans ces hypothèses, *le plus faible a été protégé*. Mais, dans les deux autres décisions analysées, le

¹⁴⁹ C.E., 4 avril 2019, n° 244.190.

¹⁵⁰ Notons à ce sujet que le rapport de l'Auditorat du Conseil d'État, du 24 septembre 2019, conclut à l'annulation (C.E., Auditorat, rapport au recours en annulation, 24 septembre 2019, G/A.225.970/XI-22155).

¹⁵¹ Ian McEwan a consacré une de ses œuvres, intitulée *L'intérêt de l'enfant*, à la question du refus de soin d'un adolescent et de ses parents, témoins de Jéhovah, pour motifs religieux. Ce roman a ensuite été adapté au cinéma dans le film *My lady* de Richard Eyre.

même principe a été rapidement éludé ou instrumentalisé, sans qu'une balance des droits et intérêts n'ait été opérée, de telle sorte qu'il a été le fondement d'une violation des droits de l'enfant et/ou des autres protagonistes. Dans ces espèces-là, *le plus fort a incontestablement gagné au détriment du plus faible*. Nigel Cantwell écrit à juste titre que la notion d'*intérêt supérieur* devrait être appréhendée avec « davantage de circonspection que cela n'a été le cas jusqu'à présent. [...] Il ne s'agit pas ici de contester le rôle du processus de détermination de l'*intérêt supérieur* dans la mise en œuvre de la CIDE, mais plutôt de veiller à ce que celui-ci ne soit engagé que lorsque cela se révèle nécessaire, opportun et faisable, en tant qu'outil pour faire progresser les droits fondamentaux de l'enfant »¹⁵².

Évaluer et déterminer l'*intérêt de l'enfant* est un travail complexe d'équilibre, de juste poids et de mesure. Pour y parvenir, il faut, pour reprendre l'expression de Martha Fineman, juriste et philosophe américaine, professeure à l'Université d'Emory, prendre l'*intérêt de l'enfant* au sérieux. Et l'on y parvient en se référant aux lignes directrices du Comité des droits de l'enfant dans son Observation générale n° 14. En respectant, toujours, les droits de l'enfant. En pesant, concrètement, les droits et intérêts de chacun. En prenant en compte la vulnérabilité de l'enfant et en lui donnant un plus grand poids. En faisant sérieusement le travail d'équilibriste que l'effectivité des droits de l'enfant requiert. En montrant aux enfants qu'ils ne sont ni des pantins instrumentalisés par les adultes ni des enfants-roids mais de véritables sujets de droits, dont l'humanité et la vulnérabilité sont reconnues et *respectées*. Et alors, cher Jacques, il sera juste d'écrire que l'*intérêt de l'enfant* tel qu'il a été consacré dans le modèle des droits fondamentaux protège effectivement le plus fragile, le plus faible, dans la relation, l'enfant.

¹⁵² N. CANTWELL, « The concept of the best interests of the child : what does it add to children's human rights ? », *op. cit.*, p. 26. C'est moi qui souligne.